

QUINTO CONSTITUCIONAL E A RENOVAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A ciência do direito, no Brasil, se desenvolveu sob a influência dos autores portugueses, franceses e italianos. É aplicada aos fatos da vida com amparo na lei, sofrendo hoje intensa pressão do direito pretoriano, imperante nas democracias anglo-saxônicas, líderes da economia mundial.

A proliferação de novas formas de contratar, definidas sob vocábulos ingleses - *franchise, leasing, turn-key*, operação *swap, hedge*, etc - e o número fantástico de ações, vêm conduzindo a atividade jurisdicional a dar maior ênfase à jurisprudência, com a adoção do *stare decisis* americano (obedecer ao que está decidido), consagrado na instituição da súmula vinculante.

Embalada, embora, pela influência externa, a prestação jurisprudencial brasileira apresenta inovações de grande relevo no quadro do chamado direito comparado: a publicidade nos julgamentos e a participação de advogados e membros do Ministério Público nos Tribunais.

O Brasil é o único país do mundo em que os julgamentos se fazem à vista do público, de portas abertas, em todas as instâncias (art. 93, IX e X, da CF).

Observando o exemplo inglês, que recruta os seus juízes na advocacia, a nação instituiu, nos Tribunais, a participação, embora minoritária, de advogados e promotores.

Para assinalar a singularidade legislativa e a importância da sua instituição, refiro diálogo transmitido pelo Ministro Sepúlveda



<http://bdjur.stj.gov.br>

Pertence, travado em congresso a que compareceu, na Alemanha, sobre o Poder Judiciário na América Latina, entre um jurista boliviano e um ilustre jurisconsulto alemão, em torno da forma de libertar os Tribunais da frieza e indiferença dos juízes, motivo que conduziu o latino-americano ao conclave. O professor germânico respondeu-lhe, afirmando: "Sua viagem foi um desperdício. Para encontrar a melhor experiência que se desenvolve no mundo sobre esse problema não seria necessário atravessar o Atlântico; bastaria cruzar a fronteira leste de seu país. É que o Brasil encontrou o ponto de equilíbrio neste tema" (*Apud*. "Décimos Constitucionais", de Humberto Gomes de Barros).

Discutiu-se, intensamente, no meio jurídico do país a adoção da súmula vinculante. Para uns, significará o engessamento do direito; para outros, geralmente associados em entidades de magistrados, resultará no desprestígio do princípio do "juiz natural", tido como o mais capacitado a decidir pela proximidade com os fatos. As preocupações manifestadas têm a ver com a tendência natural ao conservadorismo imperante nos Tribunais. O Juiz, de modo geral, é seguidor conformado da jurisprudência e, até inconscientemente, é o seu zeloso mantenedor. A lei do menor esforço e o princípio da segurança jurídica o justificam.

Não raro surpreendo má vontade à divergência suscitada. E é crescente o amuo à discussão de novas interpretações. Os próprios magistrados recrutados na advocacia e no Ministério Público se conduzem sob o pálio do princípio da segurança jurídica, aderindo à frieza e à indiferença, na consagração da "jurisprudência iterativa ou pacífica". Aliás, adotando prática processual italiana fazia muito revogada, instituiu o legislador brasileiro a regra do julgamento monocrático pelo relator (art. 557 CPC), que digo inconstitucional pela violação aos princípios do julgamento recursal coletivo, da publicidade e ampla defesa dos advogados das partes (arts. 5º, incisos LIX, LV, LX, 93 IX 133, da CF/88).



A realidade é que, na própria Itália, havia sido revogada a "inovação" desde 1995, como acentuou Cândido Dinamarco, defendendo, embora, a ampliação dos poderes do Relator; (*in* "Fundamentos do Processo Civil Moderno", 4ª ed. Malheiros, pág. 1.103).

Mas alguns membros da magistratura de carreira, reunidos em associações, vêm congregando esforços no sentido de hermetizar os Tribunais, contando mesmo com opiniões desarrazoadas de advogados, que até se bateriam contra a adoção da súmula vinculante.

Os argumentos de que se utilizam centram-se na ênfase ao concurso público a que se submetem os candidatos à honrosa missão.

Louvável a instituição do concurso público, preservadora, em tese, do princípio da igualdade entre os que se disponham à prestação de serviço público, mormente àqueles que se dedicarão a verdadeiro sacerdócio.

Serão, porém, os vitoriosos e ungidos com a *jurisdictio* os melhores julgadores? Não são poucos os magistrados brasileiros que sugerem modificações no recrutamento e formação dos novos juízes. É ler o que dizem Sálvio de Figueiredo Teixeira, Nancy Andrichi, Sidnei Benetti, José Renato Nalini, Carlos Mário Velloso nos livros "O Juiz - Seleção e Formação de Magistrados no Mundo Contemporâneo" do primeiro (ed. Del Rey, 1999, com participações especiais de ilustres magistrados) e "Formação Jurídica", coordenado pelo Des. José Renato Nalini (2ª ed., RT, 1999). De notar que na Inglaterra, onde, disse o mestre Carlos Maximiliano, no seu "Hermenêutica Jurídica", estaria "a melhor magistratura do mundo" (ed. Freitas Bastos, nº 70), o recrutamento dos magistrados para compor os Tribunais faz-se na classe dos advogados, sem concurso.



Por certo, temos excepcionais magistrados de carreira ilustrando os Tribunais do País, onde são maioria. No STJ e no STF os temos, ao lado de outros notáveis julgadores recrutados na advocacia e no Ministério Público. Apenas para ilustrar, refiro os nomes de excepcionais julgadores do STJ, já falecidos, que serviram meritoriamente à nação, fazendo justiça; Assis Toledo, Francisco Trindade, Álvaro Peçanha Martins, Amarílio Benjamim, Armando Rollemberg e tantos outros aposentados e em exercício.

Dizem alguns que a preservação da independência do Judiciário imporia o recrutamento dos magistrados para os Tribunais através de seleção de provas e títulos. De notar-se que no passado já se adotou o princípio para o próprio acesso dos juízes de carreira de primeira instância aos Tribunais. Não é verdadeira a assertiva. A indicação dos advogados pela OAB em processo de escolha livre e democrática para a composição do quinto dos tribunais, até por eleição direta em algumas seccionais, era uma velha reivindicação da nobre classe, concretizada pela primeira vez na Constituição da Bahia, no governo Luiz Viana Filho, por instância da seccional baiana. Inconformado, o Colendo Tribunal de Justiça da Bahia impetrou mandado de segurança perante o STF e foi vitorioso, por maioria, vencidos os Exmos. Srs. Ministro Adauto Lúcio Cardoso, Aliomar Baleeiro e Bilac Pinto.

Restaurada a democracia, a Constituição estabeleceu, em definitivo, o direito da OAB indicar, em lista sêxtupla, os nomes de advogados que poderão compor o quinto dos Tribunais. Tive a honra de integrar a primeira lista formada em eleições livres pelo melhor colégio eleitoral do país - o Conselho Federal. Figurante na lista tríplice, fui, afinal, nomeado pelo Presidente Collor de Mello. Mereci, sim, o apoio dos meus amigos, o que é natural. Afianço-lhes que jamais comprometi a minha independência. E o que é melhor, jamais sofri qualquer pressão política ou mesmo pedido para julgar assim ou assado.



Posso lhes dar exemplos de advogados políticos que honraram a toga. E me valho mais uma vez dos falecidos: Adauto Lúcio Cardoso, Aliomar Baleeiro, Bilac Pinto, Evandro Lins, Hermes Lima, Vitor Nunes Leal, Osvaldo Trigueiro, e tantos outros, todos militantes da política antes de assumirem a magistratura.

Não conheço quem possa deslustrar a conduta reta, digna e profícua que marcaram as suas biografias, acrescentando a essas qualidades as concepções jurídicas inovadoras, revolucionárias mesmo da jurisprudência.

Pretende-se, porém, assegurada a isenção da magistratura pela só investidura nos cargos mediante concurso. Afastar-se-ia, desse modo, a influência política, o corporativismo no Judiciário, preservando-se os Tribunais aos que abraçaram a carreira com os sacrifícios da vivência em comarcas distantes, desconfortáveis.

Mas não são poucos os ilustres magistrados, que, julgando ao lado de colegas oriundos da advocacia e do Ministério Público, defendem a tese de que o quinto constitucional é necessário ao arejamento da magistratura, com a visão ampla das realidades da vida social, a argúcia e a tenacidade na defesa das teses jurídicas sustentadas ao longo do exercício digno da nobre arte.

A oxigenação necessária dos Tribunais, pela presença dos cavaleiros andantes do direito, advogados e promotores, é velha recomendação de eminentes mestres do direito, dentre os quais destaco Raoul de La Grasserie, que, no seu "De la justice en France et à l'étranger" (Paris: Recueil Sirey, 1914), afirmou: "a magistratura é um corpo fechado, enrijecida pela falta de ar e de luz, condenada a verdadeira necrose" (ob. cit. pág. 245).

O ecletismo nos Tribunais é salutar. Digo mesmo indispensável ao bom funcionamento do Judiciário. A forma de investidura do advogado é a mais democrática. Por certo alguns haverão de discordar do processo por acharem que tais cargos a eles deveriam ser destinados só pelos seus méritos, temendo o juízo crítico dos seus pares. Outros vêem defeito na nomeação pelo Executivo, após a formação da lista tríplice pelos Tribunais. Alguns ilustres magistrados defendem que aos próprios tribunais deveria caber a escolha definitiva. Outros lastimam a influência da política na nomeação dos membros do quinto constitucional pelo Executivo.

Penso que não é possível a convivência social sem a prática da política. Róbinson Crusóé é ficção. Aos que dizem execrar a política pergunto se são casados e têm filhos. Se respondem positivamente, indago-lhes se são iguais em tudo. Sendo sempre negativa a resposta, questiono o que fazem para conviver em harmonia: impõem rigidamente as suas idéias e vontades ou dialogam, contemporizando com as querências díspares? E amplo, em seguida, para o contexto social, o âmbito da investigação, perguntando o que faz na repartição em que trabalha, no escritório que dirige, no tribunal onde atua, defendendo clientes, nos tribunais onde julga, nas assembléias de que participa?

Não é possível ao homem sobreviver sem praticar a política, arte da convivência humana.

E se vivemos num estado democrático de direito, em que o poder é do povo e deve ser exercido pelos seus representantes, como é possível imaginar que componentes do Poder Judiciário não sejam submetidos à avaliação do povo, por seus representantes, nos demais poderes que o compõem: o Legislativo e o Executivo?

A forma de escolha e de nomeação dos advogados para compor o quinto dos tribunais é a mais adequada ao regime democrático. Possíveis falhas nesta ou naquela nomeação, não a desnaturam. Constituirão exceções, indesejáveis, é certo, mas consentâneas com a falibilidade humana. Debitá-las só ao Executivo ou à política, não se coaduna com a realidade social democrática, que impõe, sim, a continuada prática da atividade imprescindível para aperfeiçoá-la.

A deificação da política descamba sempre nas ditaduras. Os ícones salvadores da pátria geralmente conduzem as nações à ruína, após a satisfação dos seus delirantes ideais.

O governo dos sábios, defendido por Platão, justificou, sempre, a tomada do poder pelos audazes, desatinados pregadores de utopias, para as quais a primeira providência a tomar é o condicionamento ou a supressão das liberdades públicas. Não faz muito a classe armada, imbuída das melhores intenções, tomou o poder e, para exercê-lo, editou atos institucionais de controle do Judiciário, guardião das liberdades.

Custou tempo e sacrifícios de toda ordem restabelecer a plenitude democrática, só alcançada e defendida pela conscientização do povo, o legítimo detentor do poder na democracia representativa, que só se pode efetivar com a prática da arte da convivência social - a política, concretizável pelo permanente diálogo entre os homens, isolados ou congregados em classes, associações, sindicatos e partidos, com a veiculação necessária das idéias pela linguagem escrita, falada e televisada, livre de quaisquer peias estranhas aos limites da ética, da moral e do direito.

Salutar a instituição do quinto constitucional pela CF/34. Tem dado bons resultados e deve continuar a frutificar em benefício do ideal de justiça acalentado pelo povo brasileiro.



Aliás, basta ver a atuação dos magistrados oriundos da advocacia e do Ministério Público para vermos os excelentes resultados proclamados por Milton Campos, político de escol, quando apresentou emenda à Constituição de 1946, preservando a composição largamente majoritária dos juízes de carreira.

A participação de advogados e membros do Ministério Público nos Tribunais, na proporção de 1/5, foi instituída pelo art. 104, § 6º, da CF/1934:

§ 69. Na composição dos tribunais superiores serão reservados lugares, correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos em lista tríplice, organizada na forma do art. 3º.

O parágrafo 3º dispunha: "Para promoção por merecimento, o tribunal organizará lista tríplice por votação em escrutínio secreto", consagrando a política.

O processo de escolha dos advogados e membros do Ministério Público aperfeiçoou-se na Constituição Federal vigente, estabelecendo democraticamente que o "quinto" fosse preenchido a partir da indicação em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes (art. 94 e § único)., reduzida à lista tríplice pelos Tribunais, para envio ao Executivo que escolherá um dos integrantes.

Em se tratando do STJ, a nomeação pelo Presidente da República só ocorrerá após aprovação pelo Senado Federal (art. 104, I e II).

Impõe-se assinalar que o exercício da advocacia, atividade indispensável à administração da justiça (art. 133) é requisito imprescindível aos que se disponham a exercer a nobilíssima missão de



julgar os seus concidadãos. É de ver o que dispõem os arts. 20 e 21, V, da Lei 5.010, de 30.05.66, com a redação dada pela Lei 7.595, de 8.4.87, quanto ao provimento e à exigência de certidão comprobatória do exercício, por 2 (dois) anos, de advocacia ou de cargo para o qual se exija o diploma de bacharel em direito.

De notar-se que a maioria dos juristas brasileiros vem propondo a ampliação do exercício da advocacia aos candidatos à magistratura, face ao despreparo vivencial dos jovens bacharéis. A experiência milenar consagra a sabedoria adquirida com o tempo, como condição essencial ao desempenho da relevante função, desde a Bíblia. É que a maturidade conduz à tolerância, à humildade, à compreensão das reações humanas no teatro da vida. O jovem, normalmente arrebatado, no vigor da saúde, não se compadece dos percalços da vida, que o advogado vivência no dia-a-dia das suas atribulações. A angústia, a ansiedade, o receio de errar e comprometer o direito cuja defesa lhe é confiada, enfim, o viver as contingências dos homens e mulheres no seio da sociedade, fazem do advogado, amadurecido no estudo do direito aplicado à prática forense, um profissional apto a julgar bem os seus semelhantes.

Por tais razões, sábios juristas e perspicazes legisladores entenderam de inserir, no quinto dos Tribunais, os profissionais de defesa e de acusação, de modo a permear a serenidade e o conservadorismo dos cultores da jurisprudência, com a ansiedade e angústia dos defensores dos homens e da sociedade.

O "quinto" de advogados e promotores é iniciativa brasileira, inovadora na labuta da aplicação da lei segundo os princípios do direito de um Judiciário livre e democrático, instituição que deu bons frutos e deve ser mantida e mesmo imitada pelas nações democráticas.



E quem dúvidas tiver da conveniência do *quinto* de advogados e membros do Ministério Público nos tribunais, que as dissipe na leitura agradável de "Eles, os juízes, vistos por nós, advogados", do admirável Piero Calamandrei.

O recrutamento a seleção e o aprimoramento de magistrados, que, a meu ver, devem aliar o conhecimento técnico e a experiência na vivência do direito, não bastarão, porém, para alcançar-se a desejada renovação do judiciário.

O magistrado, bombeiro do incêndio social, não dispõe de instrumentos eficientes com que possa desempenhar a *jurisdictio* em tempo hábil. A melhor aplicação do direito é prejudicada pelo tempo de seu processamento.

Dotado só de inteligência, o homem não mereceu, no sopro divino do barro de sua modelagem, a ubiquidade. Não conhece o fato passado nem adivinha o futuro. Promove, utilizando-se do processo, a reconstituição dos fatos passados para aplicar-lhes o direito cabível, dando a cada um o que é de seu. Mas o processo não pode ser aleatório. Submete-se a regras estritas, ditadas por leis de ordem pública, indispensáveis a assegurar o respeito ao princípio da igualdade de todos e à integridade das pessoas. Por isso mesmo, disciplinou-se o modo de aplicação social do direito para a tarefa indispensável de fazer justiça.

O processo brasileiro, porém, é uma estrada longa e cada vez mais difícil de percorrer. Basta ver a exigência legal de definir-se o direito e a execução em processos sucessivos, permeado com a da liquidação.

O cidadão, em juízo, é um paciente descorçoado, desesperançado de concretização do seu interesse em tempo hábil, alimentado só pela esperança, a última a extinguir-se.



Tendo tratado do tema morosidade em diversos trabalhos, nos quais absolvo a magistratura da invectiva injusta de tardinheira. Não conheço quem livremente trabalhe mais do que o juiz, carregador de água em cesto para apagar o incêndio social.

O processo civil brasileiro, calcado no direito italiano e português, não obstante a excelência doutrinária e legal, não se revela adequado à realidade de um povo sedento de justiça e disperso, aos milhões, em um país continental.

A proliferação de recursos, motivada, é certo, pela necessidade atávica de busca da verdade em perseguição do justo, imprimida no DNA pela religião, calcada na dolorosa execução de Cristo, delonga, naturalmente, a solução das lides, agravada pelas filas intermináveis de processos em todos os pretórios. Impõe-se discutir a adoção de processo funcional para a realização da justiça. Venho me valido da metáfora da linha de montagem industrial para mostrar que a ação não pode parar. As idas e vindas e paralisação em meio ao processo, meio científico de aplicação do direito às lides, motivadas, por exemplo, pelos agravos e efeito suspensivo a recursos, são acidentes queridos e endeusados pelos procrastinadores. E em todas as instâncias uma fila enorme, a desesperar o contendor cuja pretensão fora resistida.

Mas o tempo não me permite desenvolver as idéias que tenho para minorar o problema.

Permitam-me, porém, chamar a atenção dos cavaleiros andantes da justiça para a realidade do Judiciário brasileiro, afligido com os verdadeiros maremotos causados pelos remédios financeiros prescritos pelos economistas e políticos. Faz quinze (15) anos se cuida da questão relativa à correção monetária dos depósitos no FGTS, nas cadernetas de poupança, aplicação de tablitas, etc. A cada dia uma medida provisória,



impondo alterações nas regras do jogo econômico-financeiro e, como consequência, a reação individual, aos montões, desaguada nos juízos de todas as instâncias.

E note-se que temos na prática quatro (4) instâncias, consequência prática da divisão do recurso extraordinário.

Agora mesmo nos deparamos com um novo maremoto. A cidadania despertada pela advocacia ocorre, em todo o país, aos juízos, discutindo a legalidade da cobrança da tarifa básica na telefonia fixa. Do Oiapoque ao Chuí milhares de ações individuais e coletivas vêm sendo propostas. Não há como reuni-las dentro nos cânones da Constituição e do devido processo legal, como já positivou a Eg. 1ª Seção do STJ na sessão de 14 próximo passado, pois não é possível suprimir o direito de petição e o de fazê-lo perante o juízo competente.

A decisão caso a caso continuará agravando a morosidade nas respostas às lides.

Ao longo da nobre função, só antevejo uma solução, a meu ver democrática e imprescindível num estado de direito democrático federativo: a avocação pelos Tribunais Superiores das questões afetadoras de parcelas significativas do povo, com relevância nacional. Já tivemos o instituto (art. 119, I, "o", da CF/69), antes repudiado por sua promulgação revolucionária, embora o legislador já o tenha deferido ao órgão controlador do Poder Judiciário pela E.C. 45, permitindo-lhe "avocar processos disciplinares em curso e determinar a reversão, a disponibilidade ou a aposentadoria com proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada a ampla defesa;" como se lê no § 4º do art. 103-B, da CF. A verdade, porém, é que se busca obter os seus efeitos com outra nomenclatura, inclusive ressuscitando a também indesejada arguição de relevância.

Enfim, deixo à nobre classe dos advogados, à que pertenci com honra e justo orgulho e à qual desejo retornar se forças tiver, o que penso, agradecendo pela alegria de estar neste magnífico conclave e exortando os cavaleiros andantes à discussão do tema fundamental nas democracias - o ao menos razoável funcionamento do Poder Judiciário a que são indispensáveis.

